



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I. Agradeço o convite para estas **II Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**, como Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, mas também a título pessoal, porque volto a Santarém, esta bela cidade, onde comecei cheio de idealismo e entusiasmo nas coisas da justiça, que tenho tentado não perder ao longo do meu percurso.

O Tribunal da Relação de Lisboa aparece no *iter* das contraordenações, quase sempre no final, posição que poderia gerar a ideia da obrigação de idealizar e apresentar um projeto de alterações no âmbito do respetivo regime jurídico.

Não obstante, neste ato de abertura, mais do que certezas dogmáticas, cumpre-me apresentar-lhes algumas interrogações, de observador interessado, retiradas da minha experiência como juiz - que começou como Juiz de instrução (JIC) de quase todo o Ribatejo, da ponte de Vila Franca à ponte da Chamusca - sem a veleidade de apontar caminhos.

II. A criação do regime das contraordenações remonta ao final da década de setenta e princípio da década de oitenta, do século passado¹, e teve como pressuposto a ideia, comumente aceite, de que um vasto conjunto de ilícitos se situava num grau inferior de gravidade em relação aos ilícitos penais, devendo por isso ter um regime sancionatório diferente.

¹ Que se cristalizou no regime jurídico aprovado pelo Dec. Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, ainda em vigor, apesar de decorridos 35 anos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como sanção paradigmática para estes ilícitos foi recuperado o termo COIMA reservando-se o termo MULTA, até aí em uso corrente, para a sanção pecuniária penal.

III. Com o decorrer dos tempos, não só a fronteira entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional, que nunca chegou a ser claramente estabelecida, se veio a revelar tarefa difícil, senão impossível, como as alterações da economia e da organização empresarial conduziram a que os interesses sociais em causa em algumas das contraordenações sobrelevassem os interesses objeto da proteção criminal.

O direito contraordenacional deixou de se ocupar de coisas pequenas. Talvez por isso tenha surgido a ideia comum de uma eventual insuficiência do respetivo processo e as pretensões de aproximação aos institutos do processo penal, por exemplo, ao nível da recolha da prova e respetiva sindicância pelo tribunal, que é o ponto onde nos encontramos.

Tenho para mim que este grau de evolução é natural, significando que muitas destas contraordenações atingiram um tal nível axiológico que as afasta de meras contraordenações e as aproxima aos ilícitos penais.

IV. Aliás, em muitas delas não se vislumbram valores sociais a proteger com a manutenção de dois níveis de ilícitos, sendo que a duplicação da atividade sancionatória, para além de dispendiosa, dificulta a sua interligação e pode até neutralizar qualquer delas ou mesmo as duas.

O desperdício de meios e as dificuldades de coordenação de ambas as matérias são por demais evidentes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Guiando-me pela experiência das coisas processuais, afigura-se-me que deveríamos fazer a opção; ou contraordenação ou crime, podendo este consumir aquela, paralisando e absorvendo os seus meios de reação.

Com efeito, para cada comportamento social desviante a comunidade dispõe de (1) um tempo de reação, findo o qual a justiça deixa de o ser, assemelhando-se a vingança, e de (2) uma quantidade de energia (sancionatória) disponível, que uma vez esgotada torna socialmente penosa e inútil a insistência no seu sancionamento.

Em muitas situações o procedimento contraordenacional pode entrar em concorrência com o direito e o processo penal, suscitando questões de relevância dos atos praticados em qualquer deles no outro, induzir na tentação de atrasar as respetivas reações e/ou desgradar o ilícito penal para mero ilícito administrativo.

Aliás, não será por acaso que muitas vezes se tem colocado a questão da competência dos tribunais judiciais ou dos tribunais administrativos.

Neste âmbito, gostaria ainda de chamar a atenção para uma questão que, demasiadas vezes, se tem esquecido no processo penal, relativamente à prova pericial e que é a diferença substancial entre os procedimentos de Auditoria e de Inspeção de legalidade.

Em traços largos, a primeira (auditoria) basta-se com o não seguimento de determinados procedimentos técnicos, as *legis artis* de determinadas atividades, enquanto a segunda (inspeção de legalidade) pressupõe a existência de uma norma legal e a sua violação.

Não se pode pedir ao auditor a declaração de ilegalidade que compete ao julgador; não se pode substituir a intervenção valorativa deste pelo juízo técnico, de *legis artis*, do primeiro.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No processo penal demasiadas vezes ficamos com a convicção que o Ministério Público e o Tribunal esperam da auditoria aquilo que ela não pode dar, que é um veredicto de legalidade ou ilegalidade.

V. A aplicação do atual regime jurídico das contraordenações tem ganho relevância e visibilidade social com o modelo económico de concorrência (entre entidades privadas), cuja atividade é supervisionada/regulada por entidades públicas, ditas Entidades Reguladoras.

Este modelo, pela sua própria conceção, baseado em atividades económicas, pressupõe e aponta para uma ideia de especialização. Especialização da atividade, especialização da regulação/supervisão, especialização da intervenção administrativa e judicial.

É o modelo da concorrência que determina a especialização.

Este modelo económico, baseado na concorrência, não deixa de ser isso mesmo, um modelo, convivendo com outros modelos, podendo ser alterado ou questionado.

Pelo nosso modelo de concorrência privada fomos obrigados a vender as nossas melhores empresas a entidades de economias fortemente estatizadas, atuando fora do modelo de concorrência.

E tendo adotado este modelo já há algum tempo será que encontramos nele valor social acrescido em atividades estruturantes da economia, como sejam os setores financeiro, energético, vias de comunicação, comunicações, ou em setores vitais para a cidadania, como o abastecimento de água, habitação, saúde?

A própria especialização, tanto a determinada por este modelo económico como qualquer outra, apresenta vantagens e desvantagens.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As vantagens podem reunir-se em dois grupos, sendo o primeiro, o aprofundamento técnico das questões e o segundo a economia de escala potenciado pelo primeiro.

Entre as principais desvantagens se contam (1) a possibilidade de perda de uma noção de conjunto das questões em face da totalidade da ordem jurídica e (2) o afastamento dos cidadãos destinatários da justiça pela incompreensibilidade da sua linguagem hermética.

Já seria tempo de alguém se penitenciar publicamente pelo uso repetido de “IMPARIDADES” e outros termos técnicos, cuja utilização pode ter o efeito de esconder aquilo que devemos saber!

VI. Como decorrência do atual modelo concorrência/regulação muitas vezes se tem colocado a questão de saber se intervenção das entidades administrativas no recurso da decisão judicial do tribunal de 1.^a instância deve ser autónoma ou subordinada à do Ministério Público, mas outras questões se poderão colocar, como a de saber se o recurso da decisão sancionatória da entidade administrativa deve ser interposto diretamente para o Tribunal da Relação, se deve ser feita uma segregação de funções entre as atividades de supervisão (da atividade) e de sancionamento (dos comportamentos desviantes), pelo perigo de uma afrouxar a outra.

A concentração de poderes é por si mesma uma coisa má, como diariamente podemos observar no direito do urbanismo, em que a reunião de poderes (legislativo, executivo e sancionatório) na mesma entidade tem dado os resultados que conhecemos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

VII. Por último, afigura-se-me incontornável abordar a questão dos conflitos de interesses/acumulação de funções entre público e privado, entre regulador e regulados.

Respeitando os princípios constitucionais do direito ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no art.º 26.º, n.º 1 da Constituição, e do direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, previsto no art.º 47.º, n.º 1, da mesma Constituição, como este último preceito constitucional permite, não podemos deixar de prestar uma especial atenção à permeabilidade de trabalho entre as entidades reguladas e as entidades de regulação e sancionamento, com o trânsito de reguladores para o privado e vice-versa, como se de uma carreira única se tratasse², em ordem a que o interesse público não seja prejudicado pelo interesse particular de cada um dos intervenientes, ainda que seja pelo monolitismo da visão com que são abordados os atos a analisar.

VIII. Partilhadas estas minhas dúvidas, não posso deixar de registar o avanço social que o direito das contraordenações tem proporcionado, ao debruçar-se e desenvolver várias áreas de relevante interesse coletivo, temperando o engenho criativo da iniciativa económica e acautelando os valores de cidadania, não só pelo sancionamento de atos desviantes como pela formação de uma consciência coletiva do que é o interesse comum.

E se hoje podemos aspirar a uma reforma e melhoramento do regime jurídico das contraordenações, tal só é possível pela persistente ação

² Cfr., v. g., Luciano Alvarez: “A “porta giratória” que captura reguladores para o privado”, jornal “Público”, de 12 de abril, de 2018.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dos diversos intervenientes, desde as Entidades Administrativas, ao Ministério Público e aos Tribunais, no prosseguimento das suas missões, mas também pelo esforço de compreensão dos papéis de cada um deles.

E é este esforço mútuo de compreensão que aqui deixo como mensagem para o novo paradigma de intervenção que não deixará de resultar deste colóquio.

Aceitando-nos e compreendendo-nos uns aos outros estaremos no caminho certo para a melhoria da nossa ação.

Muito obrigado.

Santarém, 20 de abril de 2018.

Orlando Santos Nascimento